Prof. PASQUALE FIORE

Se un R. Agente Diplomatico possa esercitare le funzioni di ufficiale di stato civile e celebrare il matrimonio tra due cittadini nonostante che si trovi nello stesso paese l'ufficiale consolare italiano.

ROMA
CASA EDITRICE ITALIANA
Via XX Settembre, 122

1902

Prof. PASQUALE FIORE

Se un R. Agente Diplomatico possa esercitare le funzioni di ufficiale di stato civile e celebrare il matrimonio tra due cittadini non ostante che si trovi nello stesso paese l'ufficiale consolare italiano.

ROMA
CASA EDITRICE ITALIANA
Via XX Settembre, 122

1902

Se un R. Agente Diplomatico possa esercitare le funzioni di Ufficiale di Stato Civile e celebrare il matrimonio, tra due cittadini, non ostante che si trovi nello stesso paese l'Ufficiale consolare italiano.

Nel 1896 il sig. Intrigila Benedetto e la signorina Rosselli Ada, cittadini italiani, celebrarono il loro matrimonio a Buenos-Ayres dinanzi al Ministro plenipotenziario di S. M. il Re d'Italia con le formalità prescritte a norma del codice civile italiano. L'atto di matrimonio fu poi regolarmente iscritto nei registri dello stato civile del Comune di Roma dell'anno 1897. Ora s'impugna la validità del matrimonio cosi celebrato, adducendo che un agente diplomatico italiano non può assumere la qualità di ufficiale dello stato civile per celebrare il matrimonio tra cittadini, fuorchè quando manchi nello stesso paese l'agente consolare italiano, e che conseguentemente il predetto matrimonio deve essere dichiarato nullo per essere stato celebrato dinanzi ad un ufficiale non competente dello stato civile.

Chiamato a dare il mio parere sulla controversia insorta, se cioè debba reputarsi valido o nullo il matrimonio celebrato avanti al ministro italiano, quando vi fosse nello stesso paese l'agente consolare, ho considerato che tutta la controversia si riassume nel decidere se nelle predette circostanze il ministro italiano poteva o no essere reputato ufficiale di stato civile competente, ed in merito osservo quanto segue.

*
* *

Il patrio legislatore stabilisce da prima tutte le condizioni richieste per la validità del matrimonio; determina poi le formalità prescritte per procedere alla celebrazione; ed esige in fine due elementi essenziali per dare vita al matrimonio: 1° cioè, il consenso che l'uno e l'altro degli sposi deve prestare personalmente dichiarando di volersi rispettivamente prendere in marito e moglie; 2° l'ufficiale dello stato civile competente a ricevere la loro dichiarazione alla presenza di due testimonî capaci secondo la legge.

Conviene innanzi tutto avvertire che per quello che concerne il matrimonio, che è l'atto più serio e più importante della vita civile, bisogna riferirsi principalmente al codice civile. Esso infatti costituisce la legge fondamentale della famiglia, e bisogna conseguentemente riferirsi ad esso per quanto riguarda le condizioni necessarie per contrarre il matrim nio; i requisiti che deve avere la dichiarazione reciproca di volontà fatta dagli sposi; le solennità sostanziali per la celebrazione del matrimonio; ed altresì per determinare quale sia l'ufficiale pubblico competente a ricevere il consenso degli sposi, vale a dire il pubblico funzionario cui compete il diritto non solo d'imprimere alla dichiarazione di volontà il carattere della solennità, ma di dare bensì alla dichiarazione stessa la forma sostanziale prescritta per dar vita al matrimonio.

Conviene ora notare che il legislatore non si limita a determinare l'ufficiale competente, vale a dire colui al quale spetta il diritto di ricevere il consenso, ma che regola altresì come l' ufficiale dello stato civile deve funzionare. Così prescrive che esso deve ricevere il consenso nella casa comunale e pubblicamente: che deve compilare immediatamente l'atto di matrimonio dopo la celebrazione, e regola inoltre le funzioni stesse in caso di circostanze contingenti dipendenti da infermità o da altre necessità.

Il patrio legislatore, considerando inoltre che il matrimonio può essere celebrato dai cittadini in paese straniero, non omise di regolare altresì il matrimonio celebrato all'estero. Egli opportunamente sancì le massime che lo governano e nel titolo preliminare e nel codice civile. Nel *titolo preliminare* accettando il principio oramai stabilito come regola di diritto internazionale comune, *locus regit actum*, sancì all'articolo 9 che le forme estrinseche degli atti tra vivi, nonchè quelli di ultima volontà, devono essere regolate dalla legge del luogo in cui gli atti sono fatti. Tenendo poi presente la dottrina tanto concordemente stabilita dai giuristi medio-evali e da quelli dei tempi nostri, che cioè la regola *locus regit actum* non deve avere valore imperativo, dovendosi ritenere stabilita in favore delle parti, che fanno l'atto in paese straniero, dispose che debba reputarsi ognora in facoltà delle medesime, quando esse siano cittadini dello stesso Stato, di osservare le leggi prescritte dalla loro legge nazionale.

Non si può mettere in dubbio che le regole sancite nel titolo preliminare devono reputarsi stabilite tanto a riguardo degli stranieri che a riguardo dei cittadini.

Laonde come gli stranieri cittadini dello stesso paese, che celebrino il matrimonio in Italia davanti l'agente diplomatico o consolare della loro patria, possono osservare le forme dalla medesima prescritte, così gl'Italiani possono praticare lo stesso celebrando il matrimonio all'estero davanti l'agente diplomatico o il console italiano.

Per quello poi che concerne le condizioni richieste per la valida celebrazione del matrimonio dei cittadini in paese straniero, il patrio legislatore le determina all'art. 100. In tale articolo riconferma la regola generale stabilita all'art. 9 ed esclude il dubbio che il cittadino che celebri il matrimonio all'estero debba essere tenuto a celebrarlo dinanzi all'agente diplomatico o consolare, stabilendo che esso può contrarlo

secondo le forme stabilite nel paese straniero, purchè però osservi le condizioni richieste per la validità, giusta le disposizioni sancite nella Sezione II del Capo I del matrimonio.

*
* *

Ed ora veniamo ad esaminare come il legislatore ha regolata la questione che massimamente c' interessa, quella cioè dell'ufficiale pubblico competente a ricevere la dichiarazione di volontà, quando il matrimonio sia celebrato all'estero.

La massima relativa trovasi sancita all'art. 368, il quale dice: « È in facoltà dei cittadini che si trovano fuori del regno di far ricevere gli atti di nascita, di matrimonio o morte dai regi agenti diplomatici o consolari, purchè si osservino le forme stabilite da questo codice. »

Di fronte alla disposizione tanto chiara e precisa del mentovato articolo, non si potrebbe mettere in dubbio che essendo *in facoltà* dei cittadini che si trovino fuori del regno, di far ricevere l'atto di matrimonio dai regi agenti diplomatici o consolari essi, *entrambi*, debbano essere reputati competenti a ricevere la dichiarazione che dev'essere fatta dagli sposi a norma dell'art. 94 del Codice civile. Stando quindi al chiaro disposto della legge, si può forse sollevare il dubbio se tanto i regi agenti diplomatici quanto i regi agenti consolari siano da reputarsi ufficiali dello stato civile; vale a dire funzionarii competenti a ricevere la solenne dichiarazione da parte degli sposi?

Tale dubbio è del tutto eliminato, non soltanto dalla chiara ed esplicita disposizione dell'art. 368, ma altresì dal decreto-legge 15 novembre 1865, il quale stabilisce chi è l' ufficiale dello stato civile. Tale legge, che all'articolo 1° statuisce che il Sindaco o chi ne fa le veci è l'ufficiale dello stato civile, dispone che adempiono alle funzioni di ufficiale dello stato civile *nei casi speciali determinati dalla legge*, i

regi agenti diplomatici e consolari, i commissari di marina sui bastimenti della R. marina ed i capitani o padroni sui bastimenti di privata proprietà, gl'impiegati specialmente designati dai regolamenti militari.

Quando è che le persone indicate possono essere reputate ufficiali dello stato civile? Il legislatore dice: « *nei casi speciali determinati dalla legge* ». Ora il caso speciale, nel quale i regi agenti diplomatici o consolari devono essere reputati ufficiali di stato civile è determinato all'articolo 368 codice civile, quando cioè i cittadini italiani che intendono unirsi in matrimonio si trovino fuori del Regno, ed essi intendono far ricevere la dichiarazione di loro volontà di prendersi in marito e moglie dal regio agente diplomatico o consolare.

Tenendo presente tutto ciò, come risulta chiaramente e senza equivoci dalla legge, e considerando d'altra parte che in materia di matrimonio non si può ammettere l'annullamento, fuorchè nei casi tassativamente e specificatamente determinati dal legislatore, si potrebbe sostenere la nullità del matrimonio celebrato solennemente a Buenos Ayres davanti l'Agente diplomatico italiano fondandosi su motivi che non siano chiari, certi e sicuri?

Le ragioni del dubitare sono fondate sulla gratuita affermazione che ogni qual volta si trovi nella stessa località un agente diplomatico italiano, ed un console, questi soltanto può assumere la qualità di ufficiale di stato civile. Dal che si deduce che dovendo il matrimonio essere celebrato innanzi al console del distretto, nel quale uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza, non possa essere reputato valido il matrimonio celebrato dinanzi all'agente diplomatico, perchè manca a lui la qualità di ufficiale dello stato civile.

Tale gratuita affermazione è in manifesta contraddizione con le leggi sancite dal patrio legislatore. Questi stabilisce, come abbiamo già detto, all'articolo 368 cod. civ. la competenza spettante al console ed all'Agente diplomatico di assumere la qualità di ufficiale di stato civile

rispetto ai nazionali che intendono unirsi in matrimonio all'estero. Provvede poi a determinare le norme che i detti funzionarii devono seguire nell'esercizio delle funzioni di ufficiale di stato civile, con le disposizioni sancite nella legge consolare italiana.

Nella legge consolare italiana, che è quella del 15 agosto 1858, resa applicabile al regno d' Italia col decreto 28 gennaio 1866, non si trova nessuna disposizione che deroghi o modifichi quelle sancite al mentovato articolo 368 del c. c. e all'articolo 10 del Decreto Legge 15 novembre 1865, che in questa materia sono le leggi fondamentali e generali.

Nella legge consolare infatti il legislatore non determina la competenza, ma regola l'esercizio delle funzioni attribuite ai consoli (1). Esso dopo avere ritenuto all'articolo 20 che il console riveste la qualità di ufficiale di stato civile rispetto ai nazionali (qualità a lui attribuita agli articoli 368 cod. civ. e 10 della legge sullo stato civile) determina agli articoli 29 a 41 come il console deve esercitare le funzioni di ufficiale di stato civile. Siccome poi tale qualità in forza dei mentovati articoli era attribuita altresì agli agenti diplomatici, il patrio legislatore statuisce che le disposizioni degli articoli 29 e seguenti relative alle funzioni del console come ufficiale di stato civile, sono pure applicabili ai regi agenti diplomatici, e si riserva di determinare più dettagliatamente l'esercizio delle funzioni stesse col regolamento consolare.

---

(1) La distinzione che noi facciamo tra competenza e funzione è sostanziale per non cadere in equivoco. *Competenza,* dal latino *competere,* denota il diritto attribuito al funzionario pubblico secondo la legge; il diritto che a lui compete. *Funzione* denota lo sviluppo e l'esercizio del diritto. Abbiamo mantenuta sempre ferma come sostanziale cotesta distinzione e mi sia concesso rammentare che nella mia opera sul diritto internazionale codificato così mi esprimo alla Regola 457: « Il console non può legalmente esercitare nessuna *funzione* rispetto ai nazionali se non quando egli ne abbia la *competenza* speciale in forza delle leggi e dei regolamenti dello Stato ». Fiore, *Diritto Intern. codificato,* 3ª edizione, 1900.

Nessuno oserebbe affermare che nella legge consolare si trovi una disposizione, quale si sia, che abbia derogato o modificato la regola circa la competenza, come trovasi sancita ai mentovati articoli 368 e 10. Quello che il legislatore statuisce all'articolo 39, che cioè il matrimonio deve essere celebrato nella casa consolare e pubblicamente, concerne pure l'esercizio della funzione e la forma della celebrazione. Così come all'art. 93 del cod. civ. il legislatore dispone che il matrimonio deve essere celebrato nella casa comunale, quando il Sindaco assume la qualità di ufficiale di stato civile, nella legge consolare dispone che deve essere celebrato nella casa consolare, quando il console assume la qualità di ufficiale di stato civile. E siccome poi le disposizioni che concernono l'esercizio delle funzioni sono pure applicabili ai R. Agenti diplomatici, ogni qual volta che essi possono assumere la qualità di ufficiale di stato civile, così dalla massima sancita all'art. 39 non si può desumere altro, tranne che il matrimonio deve essere celebrato nella casa addetta alla legazione, quando l'agente diplomatico possa assumere la qualità di ufficiale dello stato civile.

Ci pare conseguentemente evidente che tutte le argomentazioni fondate sulle disposizioni della legge consolare per contraddire la competenza attribuita agli agenti diplomatici in forza dei mentovati art. 368 e 10 quali ufficiali di stato civile, non hanno alcun fondamento giuridico, e non possono essere considerati altrimenti che come vani sofismi.

E veniamo ora all'articolo 46 del decreto concernente le legazioni, del 29 settembre 1870, nel quale s'intende trovare la deroga alle leggi fondamentali in materia di matrimonio, vale a dire alla legge civile e alla legge circa l'ordinamento dello stato civile.

In massima riteniamo esorbitante l'immaginare che una qualsiasi legge fondamentale dello Stato possa ritenersi abrogata o modificata

in forza di un atto del potere esecutivo emanato colla forma di decreto o di regolamento. Ognuno sa che, quando anche il potere esecutivo invadesse il campo del potere legislativo, e mediante decreto o regolamento mirasse a togliere autorità alla legge, tale atto inconsulto compiuto per eccesso di potere, non potrebbe avere nessuna autorità dinanzi al magistrato, che è tenuto a giudicare secondo la legge, norma imperativa fino a che essa non sia abrogata dal potere legislativo. Ognuno sa come le massime sancite dal potere esecutivo in opposizione alla legge sono del tutto inefficaci rispetto ai tribunali giudicanti, i quali sono tenuti ad applicare la legge ed a ritenere mancante di ogni forza giuridica ogni disposizione del potere esecutivo in opposizione alla legge.

Tutto ciò abbiamo stimato di avvertire perchè, dato pure e non concesso, che l'art. 46 del decreto del 1870 si potesse intendere nel modo che alcuni hanno stimato, per confondere l'illuminato giudizio del magistrato, il decreto dovrebbe ritenersi incostituzionale e non potrebbe al certo avere alcun valore dinanzi ai tribunali, i quali sono tenuti a giudicare secondo la legge ed a dichiarare inapplicabili i decreti e i regolamenti che con eccesso di potere l'avessero modificata.

Nel caso concreto per altro non occorre discutere sulla costituzionalità o incostituzionalità del decreto, nè immaginare alcun eccesso di potere, perchè in verità il decreto in parola non contiene alcuna disposizione in opposizione alla legge, nè sancisce alcuna massima modificatrice delle regole di competenza stabilite come abbiamo detto agli articoli 368 e 10 circa gli ufficiali pubblici, che possono ricevere il consenso dei cittadini pel matrimonio.

Chiunque voglia leggere attentamente il citato decreto riconoscerà, come è detto pure nei motivi, che esso fu fatto per determinare in modo più esatto e completo le norme concernenti il personale addetto alle legazioni e l'esercizio delle loro funzioni. Nel tit. 1° si trovano

infatti le norme per la nomina degli Agenti diplomatici, per gli stipendi, gli assegni, le tariffe, le nomine, le promozioni, le indennità, e via dicendo. Al tit. 2° si trovano le regole circa i congedi, le reggenze in mancanza del titolare, le aspettative, la disponibilità. Nel tit. 3° si trovano le norme per il disimpegno delle funzioni appartenenti agli Agenti diplomatici e per la gestione degli affari. In tale titolo trovasi infatti regolato come gli Agenti diplomatici devono vidimare i passaporti, spedire gli atti e come deve essere distribuito il lavoro fra gl' impiegati addetti alla Legazione e in caso che l'Agente diplomatico sia assente o in vacanza e come deve essere fatto l'inventario e chi è tenuto a farlo e come deve essere fatta la corrispondenza, e via dicendo. Tutto bene considerato, ognuno che legge spassionatamente il decreto riconoscerà che non evvi alcun eccesso di potere. Esso regola la distribuzione del lavoro tra le persone addette alla Legazione e determina come esse devono disimpegnare le funzioni spettanti secondo le leggi. Esso ha quindi carattere assolutamente regolamentare e bisogna tenere di ciò conto per spiegare la disposizione che si legge all'art. 46 che forma parte precisamente del tit. 3° che concerne la distribuzione del lavoro.

Il mentovato articolo dice così: « Oltre alle attribuzioni di indole « politica ad essi specialmente affidate, gli Ufficiali diplomatici, se ri- « chiesti, ed in assenza di un Ufficiale consolare nel luogo di loro resi- « denza, disimpegnano altresì funzioni amministrative e quelle di notai « ed ufficiale di stato civile rispetto ai nazionali, uniformandosi alle « leggi ed ai regolamenti in vigore nel Regno, e segnatamente alla « legge circa l'ordinamento del servizio consolare ed al regolamento ad « essa relativo ».

Si può veramente in tutta buona fede trovare in tale articolo la regola modificatrice delle leggi fondamentali in materia di matrimonio? Si può immaginare che tale articolo abbia voluto modificare la disposizione degli art. 368 c. c. e 10 dell'ordinamento dello stato civile?

Se il potere esecutivo lo avesse veramente voluto, come abbiamo già avvertito, l'art. 46 non potrebbe avere alcuna efficacia dinanzi al Tribunale giudicante e dovrebbe essere ritenuto inapplicabile, ma la verità è che nell'art. 46 non evvi nulla per far supporre la deroga o la modifica della legge civile.

Che cosa dice infatti l'art. 46? Esso, come gli articoli seguenti dello stesso titolo, provvede alla distribuzione del lavoro ed al disimpegno delle funzioni spettanti agli Agenti diplomatici.

Il potere esecutivo, ritenuto come fermo e stabile che i cittadini italiani, che si trovano fuori del Regno, hanno la facoltà ad essi concessa dall'art. 368 del c. c di far ricevere l'atto di matrimonio o dai regi Agenti diplomatici o dai regi Agenti consolari:

considerando che a norma dell'art. 98 del c c. l'ufficiale dello stato civile non può rifiutare la celebrazione del matrimonio se non per causa ammessa dalla legge e che a norma dell'art. 126 c. c. qualora rifiutasse di procedere alla celebrazione del matrimonio sarebbe passibile della multa da L. 100 a L. 500:

considerando che essendo in facoltà dei cittadini italiani di celebrare il matrimonio o dinanzi all'agente diplomatico o dinanzi all'agente consolare si potrebbe verificare l'inconveniente che molti o per lusso o per maggiore solennità, potrebbero preferire di celebrare il matrimonio nella legazione piuttosto che al consolato:

considerando che gli agenti diplomatici hanno missione alta e d'indole politica, e che potrebbero essere distratti, se dovessero pure procedere alla celebrazione dei matrimonii od essere passibili di multa a norma dell'art. 126 se si rifiutassero di ricevere l'atto di matrimonio;

il potere esecutivo tutto ciò considerando, con R. Decreto ha ragionevolmente disposto, che l'agente diplomatico è tenuto a compiere le sue funzioni di ufficiale di stato civile rispetto ai nazionali se richiesto ed in assenza di un ufficiale consolare nel luogo di sua residenza.

È chiaro quindi ed evidente che, in forza dell'art. 46, l'agente di-

plomatico potrebbe rifiutarsi, quando vi sia il console, di procedere alla celebrazione del matrimonio e che rifiutandosi non contravverebbe certo alla disposizione sancita all'art. 98 del c. c. perchè egli rifiuterebbe la celebrazione pel motivo consacrato all'art, 46 del Decreto concernente le legazioni, il quale, provvedendo alla distribuzione del lavoro, statuisce, che l'agente diplomatico non possa reputarsi tenuto ad assumere la funzione di ufficiale di stato civile che quando ne sia richiesto ed in assenza di un ufficiale consolare. Per lo che in questo ultimo caso soltanto vi sarebbe la contravvenzione all'art. 98 del c. c. e la sanzione sancita all'art. 126 del medesimo.

Quando però essendovi pure l'agente consolare, l'agente diplomatico, il quale in forza dell'art. 46 del decreto avrebbe potuto rifiutarsi a procedere alla celebrazione del matrimonio, non si sia rifiutato e lo abbia celebrato, si può mai sostenere la nullità del matrimonio per la mancanza dell'ufficiale di stato civile, mentre l'agente diplomatico in forza dei più volte mentovati art. 368 e 10 è dichiarato competente a ricevere il consenso pel matrimonio dei cittadini che si trovino fuori del regno, cosi come è dichiarato competente l'agente consolare?

Si potrebbe mai con argomentazioni sofistiche e capziose attentare alla santità del vincolo coniugale tanto gelosamente protetto dal legislatore e ridurlo al nulla con fallace interpretazione di una disposizione regolamentare?

Si è voluto affermare che deve reputarsi come un assurdo giuridico l'ammettere che la competenza possa essere attribuita a due funzionarii simultaneamente.

Ci basti osservare per mettere in evidenza che tale assurdo giuridico non esiste menomamente, che nel regno sono simultaneamente competenti a celebrare il matrimonio tanto l'ufficiale di stato civile ove uno degli sposi ha il suo domicilio, quanto l'ufficiale di stato civile del luogo ove trovasi domiciliato l'altro degli sposi. Se una città è divisa in più uffici di stato civile e gli sposi siano domiciliati in quartieri di-

versi, essi, nella stessa città, possono adire il funzionario dell'uno o dell'altro ufficio di stato civile.

Volgendo la mente ad un altro ordine di cose, anche in altri casi, si può verificare la concorrenza di competenza. Così a mò d'esempio, rispetto al potere giudiziario, sono simultaneamente competenti a decidere una controversia mobiliare commerciale tanto il magistrato del domicilio del convenuto, quanto il magistrato del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione. Se una città è divisa in più mandamenti e l'obbligazione è di competenza pretoriale, le parti hanno facoltà di adire a scelta tanto il pretore del luogo in cui è domiciliato il convenuto, quanto il pretore del luogo ove deve eseguirsi l'obbligazione (art. 90 e 91 c. p. c.).

Come mai si vuole ravvisare un assurdo giuridico se colla via di fatto il legislatore attribuisce all'art. 368 la competenza a ricevere il consenso al matrimonio all'agente diplomatico ed all'agente consolare, lasciando in facoltà dei cittadini di determinare l'esercizio della funzione adendo l'uno o l'altro funzionario per celebrare il matrimonio?

Ritenuto quindi che secondo la legge la competenza a ricevere il consenso pel matrimonio è attribuita simultaneamente all'agente diplomatico e all'agente consolare e che è in facoltà dei cittadini di prestare il consenso dinanzi all'uno o dinanzi all'altro, quello che a noi pare un vero assurdo giuridico si è che, quando l'agente diplomatico non si sia rifiutato di procedere alla celebrazione del matrimonio, mentre che avrebbe potuto rifiutarsi se nello stesso luogo era presente l'ufficiale consolare italiano, e che effettivamente il matrimonio sia stato celebrato dinanzi all'agente diplomatico, osservando le forme stabilite dal Codice civile, si possa impugnare la esistenza giuridica del matrimonio, adducendo il *defectus potestatis* rispetto al funzionario che abbia ricevuto il consenso mentre ne avea il potere secondo la legge.

Napoli, dicembre 1901.

Prof. Pasquale Fiore
dell' Università di Napoli.